

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

LA SANCIÓN PENAL. PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD *Jurisprudencia constitucional y de casación*

Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra

TEMA I. PENA. Clasificación normativa

“En el Código Penal -ley 599/00- el legislador, atendiendo criterios de política criminal estableció las consecuencias jurídicas que se derivan de las conductas en el tipificadas, esto es, las sanciones a que se hacen acreedores quien incurran en ellas, clasificando las penas en principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como accesorias (art. 34). Son principales la prisión, la multa y las demás privativas de otros derechos que como tales se consagren en la parte especial del Código (art. 35); son sustitutivas la prisión domiciliaria que sustituye a la prisión, y el arresto de fin de semana sustituye a la multa (art. 36); son accesorias las penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales (enunciadas en el artículo 43). En todo caso, se consagra que la pena de prisión siempre conllevará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas”. (Corte Constitucional, sentencia N° C-581. 06-06-01, Magistrado ponente Dr. Jaime Araujo Rentería)

N.V.A. Arts. 34 y ss. C.P.

COMENTARIOS

Una primera clasificación doctrinal de las penas las divide en: a) penas privativas de la libertad, b) penas restrictivas de la libertad, c) penas pecuniarias y d) penas privativas de otros derechos, atendiendo a la naturaleza de la sanción, al derecho afectado con la misma y a la forma e intensidad que asume dicha limitación. La anterior organización doctrinal puede ser aplicada a los dos Estatutos en comentario; así el Código de 1980 estatuye la prisión y el arresto como privativas de la libertad, la restricción domiciliaria y la expulsión del territorio nacional como penas que si bien no suprimen la libertad de locomoción, si la limitan o restringen a alguna medida; la pena de multa es el prototipo de aquella que

afecta los derechos patrimoniales del sentenciado, y, finalmente una gama de sanciones que privan de derechos diferentes a los de libertad y patrimonio tales como los derechos ciudadanos o políticos o las facultades inherentes a la libertad de trabajo.

Por su parte el Código de 2000 aclara y sistematiza de mejor forma las diferentes clases de penas que es posible imponer de acuerdo con el principio de legalidad imperante. Como pena privativa de la libertad comprende únicamente la prisión, suprimiendo, con toda razón, el arresto; como penas restrictivas de la libertad encontramos la privación del derecho a residir en determinados lugares (art. 43 N^o 7 Id.) y la expulsión del territorio nacional (art. 43 N^o 9^a Id.); bajo una sistemática especial y novedosa se conserva la pena pecuniaria de multa y se organizan las penas privativas de otros derechos, comprendiendo la limitación de los derechos políticos y ciudadanos y la privación del derecho a desarrollar determinadas actividades (profesión, arte, oficio, conducción de vehículos, tenencia y porte de armas).

TEMA II. PENA. Concurso de delitos. Aplicación de mínimos y máximos

Para graduar la pena que corresponde al infractor por el delito cometido, deben relacionarse forzosamente los artículos 61 y 67 del Código Penal, puesto que las circunstancias de agravación y atenuación punitiva son apenas uno de los varios criterios establecidos en la ley para la dosificación de la pena. Junto a ellas, obran también como factores reguladores de la sanción, la gravedad del hecho punible, el grado de culpabilidad y la personalidad del agente.

El artículo 67, que determina la aplicación de mínimos y máximos, enseña que solamente podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurren únicamente circunstancias de agravación punitiva y el mínimo, cuando concurren exclusivamente circunstancias de atenuación punitiva "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61". Y el artículo 26 que regula la dosificación en los casos de concurso de hechos punibles, establece que el delito básico para iniciar la tasación está constituido por el más grave de los concursantes, cuya pena podrá ser aumentada hasta en otro tanto. La claridad de estos preceptos enseña que la fijación del mínimo de la pena opera cuando solamente concurren circunstancias de atenuación punitiva, siempre que no se presenten otros factores de los que enuncia el artículo 61,

como determinantes de incremento punitivo y que tratándose de un concurso de delitos no sólo debe tenerse en cuenta para incrementar la pena "hasta en otro tanto, la pluralidad de los hechos punibles sino las demás circunstancias señaladas por el legislador para determinar la correspondiente al delito básico." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas, Acta No 91, 17-08-94, Gaceta Judicial No 2472, t. CCXXXIII, p. 696).

N.V.A. Arts. 31, 61 C.P.

COMENTARIOS

Nuestro Ordenamiento se ha regido por el sistema de determinación legal genérica de la pena, en el que la norma fija tan solo un margen o parámetro de imposición, dentro del cual el juez debe moverse para llegar a la pena definitiva e individual a imponer en el caso concreto. En un derecho penal de acto se debe proscribir el sistema de determinación legal fija o tarifada, que excluye la elaboración judicial, pues establece cuantificaciones únicas e inamovibles. Pero bajo la misma óptica tampoco es aceptable dejar rangos amplios de discrecionalidad judicial, so pena de incurrir en el subjetivismo judicial durante el proceso de concreción punitiva. La obtención de un punto de equilibrio entre estos dos sistemas, hoy por hoy impracticables en su forma pura, eludirá los dos más grandes peligros de cualquier sistema penal: la imposición mecánica y automática de la pena, con claros vestigios de responsabilidad penal objetiva y su tasación bajo parámetros estrictamente subjetivos, arbitrarios o caprichosos que implican negación de los principios de necesidad, fundamentación, proporcionalidad e igualdad.

Los márgenes existentes entre los topes mínimo y máximo que se consagran para la pena privativa de la libertad en cada tipo objetivo, indican el espacio en el que se ha de mover el juez, en ejercicio de las facultades de individualización de la pena en el orden cuantitativo; la referida distancia es en el Código de 1980 demasiado amplia, dando paso a la imposición de penas con gran carga subjetiva y, sobre todo, que de su estudio comparativo se deduce frecuente violencia al principio de igualdad.

El estudio de la determinación de la pena en el concurso de delitos,

trae algunas ligeras modificaciones en nuestra nueva normatividad penal. Según cual sea el criterio que inspire al legislador, al cual se traduzca el modo de regular la solución de los distintos casos, las consecuencias pueden ser diferentes y constituir un índice de mayor o menor severidad de la ley.

La doctrina distingue tres sistemas para resolver el problema de la penalidad que nos ocupa: a) La absorción, consistente en aplicar únicamente la pena mayor, que absorbe a las demás, pudiendo estas últimas ser tomadas en cuenta para agravar la pena, pero siempre dentro de la escala penal dispuesta para la única disposición que se aplica; b) La acumulación material o matemática, solución que suma las penas correspondientes y las aplica conjuntamente, pero, como se observa, de acuerdo a esta concepción, los resultados son los mismos a los que se llegaría si la ley no contuviera disposición alguna para el concurso real o material de delitos; c) La acumulación jurídica, elaborada ante las falencias expuestas de la acumulación matemática, que llevaron a desarrollar un sistema más racional denominado acumulación jurídica, consistente en sumar las penas, pero fijando un límite máximo prudencial, el cual no puede exceder el juzgador; bajo este criterio, la forma de determinar la limitación puede ser variada, suelen adoptarse modalidades más o menos simples o complicadas. El criterio adoptado por nuestro Código, tanto en 1980 como en 2000 es sencillo, pues se concreta a prescribir: "...sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles..."; d) La combinación de penas, en el cual se toma como base la pena a imponer para el delito más grave, aumentada en una determinada proporción. Se deja al juez discrecionalidad para realizar el proceso de individualización de la pena, atendiendo a las circunstancias de los hechos, naturaleza del concurso, etc.; esta concepción también es claramente adoptada por nuestra legislación.

Por lo anterior, debemos concluir que nuestro sistema de punibilidad del concurso es mixto. Tanto el Código de 1980 como la nueva recodificación, realizan una mezcla afortunada de sistemas, pues sabemos que en estas materias las concepciones rígidas y radicales, no siempre resultan ser las más convenientes en la práctica. Se aplican de manera parcial los criterios de la absorción y de la combinación de penas, al establecerse que la pena imponible será aquella prevista para el delito más grave, "aumentada hasta en otro tanto", limitando en ese doble aspecto el contenido objetivo de la punición.

Al disponerse que en ningún caso la pena del concurso podrá ser superior a la suma aritmética de las que correspondan a los respectivos punibles, se asumen contenidos rescatables de los sistemas de acumulación y combinación de penas. Así mismo, encontramos una tercera limitación, en que la pena privativa de la libertad finalmente impuesta, no puede superar cuarenta años, tope objetivo que también significa aplicación del sistema de acumulación.

Tratándose de la pena principal de multa, se desarrolla el criterio de acumulación jurídica (en concordancia con los artículos 46 N^a 3 C. P. de 1980 y 39 N^a 4^a C.P. de 2000), permitiendo que se sumen las multas correspondientes a cada uno de los hechos en concurso, pero fijando como límite máximo de dicha sumatoria, la cantidad de diez millones de pesos, en la norma anterior, y “el total no podrá exceder del máximo fijado para cada clase de multa” en la nueva norma.

Este sistema mixto también incluyó el criterio de la combinación, dentro de los criterios generales para la fijación e individualización de la pena, contenidos en el artículo 61 C.P. de 1980, el cual estableció que en los límites señalados en la ley, dentro de los cuales están tanto los topes generales de la institución concursal, como los especiales señalados para cada uno de los delitos en concurso, se ha de tener en cuenta el número de los mismos, parámetro objetivo-formal muy criticado, pues no es coherente con la naturaleza de norma general que tiene este precepto, y que tan solo debe proveer la juez de orientaciones también generales, que lo guíen en el proceso de individualización punitiva frente a cada caso concreto. De manera plausible, nuestro legislador acató esta recomendación doctrinal eliminando en el nuevo artículo 61 inc. 4, el número de hechos punibles, como fundamento de imposición de la pena en caso de concurso.

TEMA III. PENA. Individualización. Derecho penal ordinario y derecho penal militar.

“La disposición acusada establece, para la individualización de la pena, una metodología sustancialmente distinta a la del anterior Código Penal y a la prevista en el Código Penal Militar, en la medida en que al dividir en cuartos el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley, restringe la facultad de sentenciador para imponer la pena,

señalándole de manera precisa en cual o cuales de los cuartos debe moverse en cada caso concreto.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que tal diferencia de régimen se predica de universos distintos, tal como se ha puntualizado en el apartado anterior, el uno para los sujetos del Código Penal, el otro para los sujetos del Código Penal Militar. Por tal razón el análisis de constitucionalidad no procede sobre la comparación de uno u otro sistema, sino sobre la validez de cada uno de ellos. Intrínsecamente considerados, tenga frente a los postulados de la Carta.

Observa, por otra parte, la Corte que del contraste de la disposición acusada con lo dispuesto en el artículo 70 del Código Penal Militar no se deriva una diferencia de trato que pueda ser objeto de reproche constitucional. En efecto, las normas que se comparan no afectan ni la tipificación de los hechos punibles, ni las penas que resultan aplicables, ni los criterios que habrá de tener el juez para individualizar la pena, aspectos todos, que están previstos en otras disposiciones. Estamos frente a una diferencia sustancial en la metodología que debe aplicar el juez, de la cual no necesariamente se deriva una diferencia de trato. Así, en el efecto hipotético de una conducta que tuviese prevista la misma sanción en ambos ordenamientos, la pena que se imponga a quien resulte condenado podría ser la misma, aplicando uno u otro sistema, porque nada impide que el juez, en el sistema que le brinda mayor margen de apreciación decida acoger el criterio que para el otro sistema ha sido predeterminado por el legislador, o, simplemente, que el resultado de la aplicación de los dos sistemas termine siendo el mismo, por virtud de la coincidencia entre la pena, que dentro de un amplio margen de valoración, fije el juez conforme a los criterios legales para la individualización de la misma, y la que se imponga como culminación de idéntica valoración pero restringida por los parámetros establecidos de modo general por legislador. Cabe anotar que si bien, tal como lo sostiene la actora, en el evento de que conforme a la disposición demandada corresponda aplicarse la sanción en el cuarto menor y concurran situaciones agravación punitiva, existe la posibilidad de que la aplicación del sistema del Código Penal Militar, de cómo resultado que el juez imponga una pena inferior a aquella que como mínimo debiera imponerse en la misma hipótesis conforme al Código Penal, también es cierto que en el evento contrario, esto es, cuando nos encontramos en el cuarto superior, si ocurre una circunstancia de atenuación punitiva, la pena

que aplique el juez penal militar puede ser superior a la máxima aplicable conforme al Código Penal.

Se trata, en realidad, de dos metodologías distintas para determinar la manera cómo habrá de proceder el juez en el momento de individualizar la pena, ninguna de las cuales, en si misma considerada, puede calificarse como más favorable o más gravosa.

Encuentra la Corte que los dos sistemas obedecen a principios y valores constitucionales. El sistema del Código Penal se orienta a conseguir que la aplicación de las penas sean más homogéneas limitando para el efecto el margen de apreciación del juez, al imponerle unos parámetros predefinidos por el legislador. El sistema del Código Penal Militar, por contraste, privilegia la libertad de apreciación que debe tener el juez para ajustar la pena imponible de acuerdo con las circunstancias del caso concreto”. (Corte Constitucional, sentencia N° C-1068. 10-10-01, Magistrado ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil)

N.V.A. Art. 61 C.P.

COMENTARIOS

En el derecho penal ordinario o común, una vez obtenidos los límites máximo y mínimo de punibilidad, de acuerdo con la prescripción que de ellos haga el tipo penal respectivo o con la derivación efectuada de acuerdo con las reglas establecidas en el nuevo artículo 60, sí existen en el caso concreto, fundamentos de variación de mínimos y máximos, el juez debe dividir el espectro producido en cuartos ascendentes: uno mínimo, dos intermedios y uno máximo, división que procura restringir en un segundo nivel el margen de movilidad judicial.

Esta forma de regulación del proceso de individualización punitiva pretende entonces, la introducción de parámetros objetivos de dosimetría penal que restrinjan cada vez más el ámbito subjetivo de valoración y prejuicio que, como ya lo anotamos, violenta de manera ostensible los principios de igualdad y legalidad de la pena; obsérvese que en todo el proceso de determinación particular, hasta el momento de la división en cuartos, el funcionario no ha emitido valoración de naturaleza subjetiva y su espacio de movilidad ya está bastante limitado, pues el cuarto

mínimo es rango aplicable únicamente, si no existen agravantes o atenuantes o concurren tan solo estos últimos; los cuartos medios se utilizarán si simultáneamente existen tanto circunstancias agravantes como atenuantes, y el máximo, si únicamente encontramos circunstancias agravantes.

Solo en el momento de establecerse el respectivo cuarto de movilidad, entran en consideración factores que implican, sin duda, valoración subjetiva del juez, tales como la mayor o menor gravedad del hecho, la naturaleza e intensidad del daño, la preterintención o culpa concurrentes, la necesidad de la pena puesta en relación con sus funciones legales y aplicadas de manera particular.

Así, estos fundamentos de la pena no tienen la posibilidad de alterar los topes punitivos, ya sea los previstos en el respectivo tipo penal o los provenientes de la ponderación de una prescripción legal que los modifique. Estos factores o fundamentos inciden en la individualización de la pena, pero la variación por ellos producida se verificará únicamente dentro de los márgenes diferidos a manera de cuartos de movilidad.

TEMA IV. PENA. Individualización. Motivación

Toda situación de mengua o privación de los derechos del individuo decidida por el juez, debe ser motivada y guardar relación con la conducta por la que se le condena. Indiscutible que la sanción así impuesta vulnera la garantía fundamental del debido proceso por desconocimiento del principio de la fundamentación de la pena." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia, Acta No 031, 23-03-94, Gaceta Judicial No 2469, t. CCXXX, P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla

N.V.A. Art. 59 C.P.

COMENTARIOS

El proceso de determinación de la pena, en cuanto tal, debe cubrir una serie de pasos o momentos, todos de singular importancia; se debe partir de la llamada "determinación inicial", en la que se establecen las penas que de manera global o genérica son aplicables a una determinada conducta punible; un segundo paso estará constituido por la determinación particular de la pena

imponible al sujeto declarado responsable; este es el llamado momento de individualización de la pena.

La determinación cualitativa, es el procedimiento que concreta la clase de pena a imponer -su calidad- y en consonancia con la norma comentada, se incorpora al proceso de individualización punitiva. SANDOVAL HUERTAS incluye la determinación cualitativa, tanto en el momento genérico como en el particular, lo que a nuestro modo de ver equipara en la práctica los dos conceptos (Cfr. La privación de la libertad, p. 20).

Al escoger la clase de pena aplicable se especifica el derecho o derechos afectados: libertad de locomoción, patrimonio económico, derechos ciudadanos o políticos, derecho al desempeño de la función pública, libertad de trabajo, profesión u oficio, derecho a fijar el propio domicilio. La determinación cualitativa también especifica a título de qué se impone la pena, si como principal o como accesoria, ya que según lo comentamos, en su momento, todas las penas enunciadas en el nuevo Ordenamiento pueden asumir la categoría de principales, basta para ello con que tengan tal consagración en la parte especial. Igualmente incumbe al momento cualitativo la discriminación según las diferentes formas que puede asumir la respectiva pena: prisión, prisión domiciliaria, multa global, multa progresiva, etc.

TEMA V. PENA. Individualización legal y judicial. Distinción

La individualización legal de la pena es la fijación taxativa de los mínimos y máximos por el legislador. Por ello antes de fijar la definitiva de acuerdo con los criterios del artículo 61 del C. P., el fallador ha de establecer los lindes que le señala la ley para saber de dónde partir y hasta dónde llegar en el proceso de individualización judicial que le corresponde. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia M., Acta No. 53, 28-06-93, Gaceta Judicial No. 2463, t. CCXXIV, p. 1445).

N.V.A. Arts. 60, 61 C.P.

TEMA VI. PENA. Mínimos y máximos. Motivación de la pena

La Corte se inclina por restringir el tema de la ilegalidad de la pena al quebranto de los mínimos o máximos autorizados por la ley o la determinación de una pena no prevista en el repertorio de las que trae el C. Penal. 2. La sentencias no puede ser una pieza procesal en donde las “especulativas maniobras hermenéuticas” generen “desconcierto y asombro” sino un todo armónico, coherente y sobre todo una construcción lógica en donde la motivación sea el pilar sobre el cual se sostiene la parte resolutive. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez, Acta No. 36, 21-04-93, Gaceta Judicial No. 2463, t. CCXXIV, p. 684).

N.V.A. Art. 59 C.P.

COMENTARIOS

El proceso de determinación cuantitativa no solo ofrece la variación de mínimos y máximos en relación con los topes establecidos en la ley, sino que ellos pueden presentar una segunda diversificación y consiguiente concreción, en relación con las proporcionalidades con que la legislación suele modificarlos y con la forma como se presentan normalmente tales variaciones. Las reglas de modificación de los topes mínimos y máximos constituyen un segundo límite, que con el nuevo Código adquiere carácter normativo, para el funcionario jurisdiccional, pues como se verá, se trata de operaciones de proporcionalidad que no pueden ser evadidas en el fallo.

Los límites mínimo y máximo pueden ser modificados tanto para atenuación o disminución cuantitativa de la pena como para su agravación. Por ambos aspectos la variación se puede presentar en las siguientes modalidades: a) forma simple: modificación punitiva en una determinada proporción; b) forma mixta: modificación variable cuyo límite es una proporción determinada y, c) modificación en dos proporciones determinadas.

Así, la forma simple es utilizada en el nuevo Código en el artículo 401 al estatuir las circunstancias de atenuación punitiva del delito de peculado; en los tres incisos de la norma la pena se disminuye en “la mitad”, “en una tercera parte” y “en una cuarta parte” respectivamente. Esta forma de modificación a los límites afecta tanto al mínimo como al máximo de la pena en la proporción indicada por la norma. Si en el ejemplo se trata de un peculado por apropiación, que tiene establecida prisión de seis a quince años

(art. 397 Idem.), y se encuentra presente la atenuación específica del artículo 401 inc. 1ª por reintegro de lo apropiado antes de iniciarse la investigación, el límite máximo y mínimo se disminuirá en la mitad, es decir que la pena a imponer oscilará entre 36 meses (mitad de seis años) y 90 meses (mitad de quince años) de prisión. Aquí hemos aplicado la hipótesis de modificación consagrada en el Nª 1ª del artículo 60 del Código de 2000. Consideramos que en esta regla de variación no se restringe el ámbito judicial de individualización, pues en ella el juez sigue teniendo un margen mas o menos amplio en el que se ha de mover para llegar a la definición concreta. (opinión contraria Cfr. SANDOVAL HUERTAS, Emiro, Pena privativa de la libertad, p. 43).

La segunda forma de modificación que denominamos mixta, comprende el aumento o disminución hasta en una proporción; es mixta en cuanto la norma modificadora establece una proporción, pero no en forma absoluta como en el primer caso, sino como un máximo de modificación, ya sea para atenuar o para agravar. Si se trata de aumento de la pena hasta en una proporción determinada, ella se debe aplicar a la máxima de la establecida en el tipo que se agrava, en aplicación del numeral 2ª del nuevo artículo 60. Así por ejemplo, el artículo 116 (Idem.) tipifica las lesiones personales con pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro, si la pérdida es de la función, la pena oscila entre seis y diez años de prisión -de 72 meses a 120 meses-; si nos encontramos prestos a individualizar la pena y se encuentra demostrado el segundo evento, la pena de prisión oscilará entre 72 meses -mínimo que no se modifica- y ciento sesenta meses -10 años, más la tercera parte-, límite máximo modificado.

En resumen si la norma establece que la pena aumentará hasta en una determinada proporción, ello significa que el margen para el funcionario judicial oscilará entre el tope mínimo establecido y el tope máximo aumentado en la proporción señalada en la norma. Si se trata de disminución de la pena hasta en una proporción, ésta se debe aplicar al mínimo establecido en el respectivo penal que se atenúa, con el mismo procedimiento reseñado para el caso anterior -aumento hasta en una determinada proporción-, con lo cual, el espacio para el juzgador estará entre la pena mínima prevista en la norma básica, reducida en la referida proporción, e irá hasta la pena máxima consagrada en la misma (art. 60 Nª 3 Código de 2000).

La tercera forma de modificación que denominamos compuesta, considera el aumento o disminución de la pena en dos proporciones, a esta hipótesis de variación corresponde la formulación normativa de la pena prevista para el homicidio preterintencional (art. 105 C.P. de 2000) al expresar: "... incurrirá en la pena imponible de acuerdo a los dos artículos anteriores (forma simple y agravada de homicidio) "disminuida de una tercera parte a la mitad"; y al evento de agravación corresponde la prescripción contenida en el nuevo artículo 110 que describe las circunstancias de agravación del homicidio culposo estableciendo su modificación punitiva respecto del tipo básico: "... la pena prevista en el artículo anterior se aumentará de una sexta parte a la mitad."

En el ejemplo atenuante del homicidio preterintencional tenemos que la pena del tipo básico (homicidio simple) está entre trece y veinticinco años de prisión -156 a 300 meses- (art. 103 C.P. de 2000), pero si nos encontramos tasando la pena para un caso concreto de homicidio preterintencional, la variación de la pena mínima será la mayor de las dos proporciones y la variación de la pena máxima será la menor de las dos proporciones; para el ejemplo, la mitad es mayor que la tercera parte, con lo cual aquella se aplicará al mínimo y ésta al máximo, de donde la pena del homicidio preterintencional oscilará entre 78 meses de prisión (156 meses menos su mitad) y 225 meses de prisión (300 meses, menos sus tres cuartas partes); con lo anterior hemos dado aplicación al N^a 5^a del nuevo artículo 60.

Para el ejemplo agravante del homicidio culposo, el tipo básico establece prisión de dos a seis años -24 meses a 72 meses-, como se trata de aumento en dos proporciones, la variación de la pena mínima será la menor de las dos proporciones, para el caso la mitad es mayor que la sexta parte, con lo que aquella se aplicará al máximo y ésta al mínimo, de donde la pena agravada del homicidio culposo (art. 110 C.P. de 2000) estará entre 28 meses (24 meses, más su sexta parte) y 108 meses (72 meses, más su mitad) dando aplicación al N^a 4^a del nuevo artículo 60).

TEMA VII. PENA. Principio de igualdad y proporcionalidad

Quien expide la ley debe gozar de atribuciones suficientes –que a la vez comprometen su responsabilidad- para adecuar razonablemente las penas, según los diversos elementos que inciden en las conductas

proscritas. La norma absoluta, que no establece distinciones, que otorga el mismo trato jurídico a situaciones diferentes, podría ser objeto de glosa, con mayor propiedad, por romper la igualdad y desvirtuar el concepto de justicia, que aquella orientada a la gradación y distinción fundada en hipótesis diversas.

(...)

La jurisprudencia, tratándose del principio de proporcionalidad que relaciona las sanciones penales con las conductas a las cuales se atribuyen, ha sostenido que “la mera comparación entre las penas señaladas por el legislador para unos delitos y las dispuestas para la sanción de otros, por sí sola, no basta para fundar la supuesta infracción de la Constitución por el desconocimiento del principio de proporcionalidad”. (Cfr. Sentencias C-123 del 28 de abril de 1994, M.P.: Dr. Jorge Arango Mejía y C-070 del 22 de febrero de 1996 M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

La última de las providencias citadas advirtió con claridad que “para concluir en la inconstitucionalidad de una pena por exceso, el tratamiento punitivo de unos y otros delitos debe ser tan manifiestamente desigual e irrazonable que, además de la clara desproporción que arroja la comparación entre las normas penales, se vulneren los límites constitucionales que enmarcan el ejercicio de la política criminal”. (Corte Constitucional, Sentencia C-013, 23-01-97, Magistrado ponente: doctor José Gregorio Hernández Galindo).

N.V.A. Arts. 3º, 6º C.P.

COMENTARIOS

La proporcionalidad en cuanto característica y fundamentado de la consecuencia penal - pena o medida de seguridad -, se entiende como el imperativo normativo de adecuar la sanción a la real gravedad de la conducta realizada y a la responsabilidad del autor. Este postulado también atiende al ejercicio del ius punendi, en congruencia con el conjunto de derechos y libertades constitucionales. La proporcionalidad debe establecer una jerarquización de los bienes jurídicos protegidos penalmente, la cual tiene origen o fundamento constitucional. No obstante, la desproporcionalidad de la pena únicamente deviene ilegítima, si se verifica en perjuicio del sentenciado.

Este principio guarda estrecha relación con el de respeto a la dignidad de la persona, pues serán inhumanas las penas que no guarden proporción con la importancia y trascendencia de la

lesión al orden jurídico, en referencia a la ubicación jerarquizada del bien jurídico, y la consecuente responsabilidad del agente (Cfr. BACIGALUPO, Enrique, Manual de derecho penal, parte general, p. 30).

La objetivación del principio de proporcionalidad está sujeta a las finalidades primordiales adoptadas por el ordenamiento para la pena. Si prevalece el criterio de prevención especial, la proporción se establece en referencia a las tendencias delictuales del agente, con franco rezago peligrosista; a esta tendencia se adscribe el Código de 1980 cuando establecía en su artículo 61 que para la fijación de la pena se debía considerar por el juez la “personalidad del agente”; valoración que desaparece en el nuevo artículo 60 de la Ley 599 de 2000, que enuncia los fundamentos para la individualización de la pena, sin mencionar dicha consideración subjetiva. Si, por el contrario, la finalidad prevalente es la retribución, el criterio de proporcionalidad se debe dirigir al grado de reprochabilidad de la conducta del actor, en relación con el hecho realizado.

El principio de proporcionalidad exige además que la pena sea establecida con base en el criterio de daño social o nocividad social, que se fundamenta en la necesidad de la prevención general, no solo intimidatoria, sino que afirme los contenidos de la prohibición en la conciencia colectiva, lo que doctrinalmente se llama “prevención general positiva”: “Esta afirmación de las normas aconseja apoyar con mayor pena las más importantes que las que lo son menos, con objeto de evitar que aquellas se devalúen. Pero un Estado democrático debe exigir además, que la importancia de las normas apoyadas por penas proporcionadas no se determine a espaldas de la trascendencia social efectiva de dichas normas. Se sigue de ello que un derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de “nocividad social” del ataque al bien jurídico”. (MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal parte general, P.P.U., S.A., Barcelona, 1995, p. 112)

TEMA VIII. PENA. Principio de legalidad

Cuando el constituyente declara que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, está declarando implícitamente, entre otras muchas cuestiones, que a nadie se le puede imponer pena no prevista por el legislador para ese hecho. Ese legislador, en el orden jurídico-político colombiano, ha decidido, a su vez, un sistema punitivo ecléctico que contiene

elementos de los regímenes de punibilidad judicial y punibilidad administrativa o penitenciaria, es decir, que el legislador define topes y criterios, el juez individualiza la pena dentro de esos límites y la administración jalona el proceso de ejecución de la pena pero sometida a controles judiciales definidos previamente en la ley. Y en tanto mayor o menor movilidad considere el legislador que debe otorgar al juez, así lo declara de manera expresa, juicio político éste que se manifiesta en normas como las que regulan los términos de duración de las diversas clases de pena (art. 44 Código Penal), la distinción entre penas principales y accesorias (arts. 41 y 42) las que definen cuándo y a cuáles penas principales acceden las accesorias (art. 52) o cómo se ejecutan o con qué criterios se aplican, o qué mecanismos alternativos o sustitutos proceden para ellas y en qué clase de eventos”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Drs. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson E. Pinilla Pinilla, Sentencia de Casación, 22/05/01, Acta N° 73 Expediente N° 12932)

N.V.C. Art. 29 C.N.

N.V.A. Arts. 6º, 37, 51 C.P.

TEMA IX. PENA. Principio de legalidad

Establecida la responsabilidad penal procederá el juez en caso de sujeto imputable a determinar la pena, para ello debe guiarse por las reglas establecidas en la ley, sin que le sea permitido proceder arbitrariamente en tal apreciación”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Rodolfo Mantilla Jácome, Acta No. 19, 25-03-87, Gaceta Judicial No. 2428, t. CLXXXIX, p. 273).

N.V.A. Arts. 6º, 60, 61 C.P.

COMENTARIOS

El nullo crimen nulla poena sine lege se conserva en su estructura vigente de corte demoliberal, como desarrollo del derecho a la libertad individual que garantiza, en forma absoluta, a todo ser humano la realización de todos los actos que no estén prohibidos en normas positivas; al mismo tiempo se consagra el derecho del condenado a que se le imponga exclusivamente la pena fijada en la ley, elementos integradores del derecho al debido proceso. La nueva redacción legal igualmente comprende las dos consecuencias

esenciales del principio: no hay delito sin tipicidad y no hay punibilidad sin ley.

Este postulado también contiene la llamada cláusula de reserva legal para el legislador, de tal forma que solo éste está facultado constitucionalmente para prescribir conductas con la categoría de delitos; al tiempo que en su labor debe describirlas de manera inequívoca, expresa y estricta; cláusula privativa que se extiende a la asignación de las consecuencias jurídicas de los punibles y a la fijación de procedimiento de investigación y juzgamiento.

La inclusión de la teoría del tipo penal, como concreción del postulado nullo crimen sine lege, significa la asunción positiva de la doctrina según la cual, éste proporcionó el fundamento del concepto dogmático de tipo penal, que se nos presenta como su colorario más importante y su consecuencia lógica inmediata, de tal forma que el nullo crimen sine tipo y la nulla poena sine lege, hacen que la definición dogmática de la conducta punible como hecho típico, antijurídico y culpable, simplemente procure el desarrollo concreto del principio de legalidad. Vale decir entonces que el principio de tipicidad se concreta en una primera fase, en la obligación que pesa sobre el legislador de describir las conductas prohibidas -tipos penales- de manera precisa, cierta y sin asomo de ambigüedad o anfibología.

Por lo anterior, la nueva redacción normativa del principio anotado acepta la doctrina según la cual, el nullo crimen sine lege y la teoría del tipo penal, no poseen contenido idéntico ni similar, pues la tipicidad se erige en la materialización del principio general y en la garantía de su eficacia en el orden técnico-jurídico (Cfr. PABON PARRA, Teoría del hecho punible, t. I, La tipicidad, p. 82).

Así, concluimos que la moderna enunciación del principio de legalidad, debe hacer necesaria referencia a la teoría del tipo penal, tal como lo hace acertadamente la nueva norma en comentario; sin tal especificación, el punible podría ser previsto en forma genérica, sin la determinación de sus elementos técnico-estructurales, evento en el que podría predicarse un respeto simplemente formal a la legalidad preexistente, que quedaría en el vacío, sin la observancia del principio de tipicidad, vale decir, sin la determinación rigurosa de los elementos del comportamiento punible. La norma pues

proscribe el respeto simplemente nominal al principio de legalidad, exigiendo la observancia estricta del nullo crimen sine tipo.

*Ahora bien, el planteamiento de las funciones y la naturaleza del principio de legalidad, deben realizarse partiendo de la plena convicción de que este no fue en su origen un fin, sino un medio de garantía; si se instrumentaliza de manera exclusivamente formal se convierte en un postulado vacío, neutro o tecnicista que se encontraría abierto, para ser receptáculo de cualquier contenido filosófico o político. Si bien es cierto que el principio de tipicidad, tiene un claro contenido técnico-instrumental, y con ello se sitúa al margen de la política la fuente teórica, fundamentadora e inspiradora, se debió a la ideología política demoliberal; con esa conciencia de fidelidad hemos de proceder. El dogmático consecuente entonces no puede permitir que la llamada “técnica jurídica” desdibuje el fundamento del principio convirtiéndolo, y con ello sus corolarios, en una fórmula vacía cuya única finalidad podría llegar a ser la elaboración técnica de la ley autoritaria, lo cual ya se ha visto históricamente, con la entronización doctrinal del principio *dura lex sed lex*, se tratará entonces de evitar el uso del concepto técnico para la simple finalidad política. El principio de legalidad se desarrolla de esta manera como fundamento de la técnica jurídica, lo cual destaca su contenido efectual garantizador.*

TEMA X. PENA. Principio de necesidad

“La necesidad de la pena exige de ella que sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados no sólo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conducta delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural”. (Corte Constitucional, sentencia N° C-647. 20-06-01, Magistrado ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra)

N.V.A. Art. 3^a C.P.

COMENTARIOS

Se habla de necesidad de las sanciones penales en relación con su aptitud concreta para la protección de un determinado bien jurídico -orden preventivo general - y a con su eficacia para el cumplimiento de los fines de las penas y medidas de seguridad -orden preventivo especial -; la necesidad se determina por su correlación con toda la gama de mecanismos de control y contención de que se dispone en el ordenamiento jurídico vigente.

Como se observa, el criterio de la necesidad se une al de utilidad, adoptándose con ello las llamadas teorías relativas de la pena, que la justifican por los objetivos de prevención a los que está orientada. Dentro de las teorías de la utilidad de la pena, hay algunas que hacen énfasis en la prevención general, otras en la prevención especial y finalmente encontramos las llamadas concepciones mixtas. Dentro de las primeras, se cita a BENTHAM, para quien la justificación de la pena está en su utilidad o necesidad, de acuerdo con este criterio la necesidad se cumplirá si la pena es apta para la prevención general, realizada en el momento intimidatorio o de amenaza y por medio de su efectiva aplicación.

Como autor paradigmático de quienes hacen énfasis en la prevención especial, encontramos a VON LISZT, para el cual la pena correcta es la pena necesaria, que se caracteriza por tener como fin la defensa o tutela de bienes jurídicos. La necesidad se determina en esta concepción bajo criterios de prevención especial, con lo cual se debe imponer para resocializar al delincuente, para intimidar a aquellos que no tienen necesidad de resocialización y, finalmente, para neutralizar sujetos que no son resocializables.

TEMA XI. PENA. Principio de proporcionalidad

“Como quiera que el delito vulnera un bien jurídico protegido por ley, la proporcionalidad de la pena exige que haya una adecuación entre la conducta delictiva y el daño social causado con ella, habidas las circunstancias que la agraven o la atenúen, lo que supone de suyo que la proporcionalidad traza los límites de la pena y la medida concreta de la misma, asunto que corresponde establecer al legislador e individualizar al juez dentro de los límites mínimos y máximos señalados por aquel, analizadas las circunstancias

concretas a modo, de tiempo y de lugar, así como las particulares en que se sitúe el agente del delito, todo lo cual constituye el amplio campo donde se desarrolla la dosimetría penal”. (Corte Constitucional, sentencia N° C-647. 20-06-01, Magistrado ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra)

N.V.A. Art. 3ª C.P.

TEMA XII. PENA. Principio de utilidad

“La utilidad de la pena, de manera ineluctable, supone la necesidad social de la misma; o sea que, en caso contrario la pena es inútil y, en consecuencia, imponerle deviene en notoria injusticia, o en el regreso a la ley del talión, que suponía la concepción de la pena como castigo para devolver un mal con otro, es decir, la utilización del poder del Estado, con la fuerza que le es propia, como un instrumento de violencia y vindicta institucional con respecto al individuo, criterio punitivo éste cuya obsolescencia se reconoce de manera unánime en las sociedades democráticas”. (Corte Constitucional, sentencia N° C-647. 20-06-01, Magistrado ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra)

N.V.A. Arts. 3ª, 4ª C.P.

COMENTARIOS

De la oposición entre las teorías absolutas y relativas de la pena, surgen las llamadas “teorías de la unión” que pretenden conciliar la necesidad o utilidad de la pena con su justicia; la pena aquí se justifica en su capacidad de represión y prevención simultánea. Así, en las teorías absolutas, la utilidad y la justicia, como valores de la pena, resultan polos opuestos irreconciliables; en las teorías relativas adquiere preponderancia la utilidad y necesidad social, mientras en la concepción mixta se procura unir los dos extremos. Dentro de esta última dirección debemos ubicar el reconocimiento normativo del principio de necesidad, el cual es explicado en los siguientes términos por BASIGALUPO, citando a ROXIN: “La utilidad es el fundamento de la pena y, por lo tanto, sólo es legítima la pena que opere preventivamente. Pero la utilidad está sujeta a un límite: por consiguiente, sólo es legítima mientras no supere el límite de la pena justa. En la práctica esto significa que la pena legítima será siempre la pena necesaria según un criterio de

utilidad y que la utilidad dejará de ser legitimante cuando la pena necesaria para la prevención supere el límite de la pena justa (Confr. ROXIN, Grundlagenprobleme, p.p. 1 y ss.)”(BASIGALUPO, Enrique, Manual de derecho penal, parte general, p. 16).

TEMA XIII. PENA ACCESORIA. Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Principio de legalidad de la pena

Observa la Corte que el Tribunal, al señalar la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas correspondientes al procesado, se limitó a fijarla en seis (6) años frente a la principal deducida a los dieciséis (16) años de prisión, con evidente desconocimiento de las previsiones de los artículos 52 y 44 del C.P. que disponen, en su orden, el deber de imponer dicha pena accesoria por un período igual al de la pena principal entratándose de prisión como en este caso, sin que pueda de ninguna manera rebasar los años señalados como máximo.

Con tal proceder afectó el principio de la legalidad de las penas y, de contera el debido proceso que obliga al Juez a sujetarse únicamente a la ley. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación 19-11-97, Expediente 9258, Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia).

N.V.A. Arts. 44, 52 C.P.

COMENTARIOS

El Código de 1980 no recogió expresamente una clasificación de las penas, no obstante en el desarrollo normativo las dividió en principales y accesorias (arts. 41 y 42 Id.), atendiendo para ello sustancialmente, a la gravedad de la sanción y en sentido material al grado de autonomía en el proceso de imposición judicial. El Código de 2000 las divide explícitamente en principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos, pero no modifica la esencia de la clasificación tradicional.

Se distingue como pena principal aquella que la ley señala de manera inequívoca para un determinado tipo penal y como accesoria la que no es contemplada expresamente, pero la ley si declara en una norma de carácter general que puede ser impuesta bajo determinadas condiciones o que necesariamente va

acompañada a la aplicación de una principal; revisten la calidad de accesorias en la nueva normatividad todas las penas privativas de otros derechos, que no se consagren como principales en la parte especial.

Así, se presentan como accesorias la inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, la cual se impondrá -aunque el tipo respectivo no la considere expresamente, siempre que la infracción haya sido cometida en abuso del ejercicio de cualquiera de dichas actividades (art. 46 C.P. de 2000); de la misma manera, como cláusula legal de imposición accesoria, se consagra la necesaria imposición de la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, en todos los casos en que se imponga la pena de prisión, previsión asiduamente criticada doctrinalmente, como lo observaremos oportunamente. Las restantes penas privativas de otros derechos enunciadas por el artículo 43 Idem., si no son contempladas en el respectivo tipo penal, se deben aplicar como accesorias cuando el derecho afectado tenga directa relación con la conducta punible, hayan constituido abuso, facilitado la comisión o coadyuven a la prevención de futuras infracciones, de acuerdo con el artículo 52 Id.

Esta pena, ya sea considerada como principal o como accesoria, en un sistema represor respetuoso de la dignidad humana, solo puede ser impuesta como consecuencia de la condena por delitos atentatorios de bienes radicados en cabeza del Estado o de la colectividad, que signifiquen un abuso de los derechos ciudadanos o del ejercicio de la función pública. Tal criterio no es observado por nuestro legislador que de acuerdo con el artículo 52 inciso 3^a, exige la aplicación de esta inhabilitación, en forma automática, siempre que sea impuesta como principal la pena privativa de la libertad.

Parece injustificada la presunción, en el sentido que, por resultar condenado en un proceso penal, la persona pierda en forma inmediata la legitimidad para el ejercicio de derechos fundamentales como los de elección, participación, opinión, disenso y réplica; además la previsión no revela alguna incidencia y fundamento criminológico.

TEMA XIV. PENA ACCESORIA. Prohibición del ejercicio de una profesión

Inadvirtió el actor, en tan lacónico reproche, que de conformidad con la norma cuya aplicación crítica, la prohibición del ejercicio de

una industria, comercio, arte, profesión u oficio hasta por un término de cinco (5) años se impone siempre que de la condición del sujeto activo y de las circunstancias temporo-espaciales y modales que enmarcaron la comisión de la conducta punible, se evidencie el abuso de la actividad, profesión u oficio, o el desbordamiento de los parámetros éticos que la rigen."(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL, Sentencia de Casación 03-11-99, Acta N°. 172 , Expediente N° 12.064)

N.V.A. Arts. 46, 51 C.P.

COMENTARIOS

El Código de 1980 reserva esta pena accesoria para los delitos cometidos en abuso de alguna de las actividades reseñadas; de acuerdo con tal normatividad el juez puede prohibir al condenado su ejercicio hasta por un término de cinco años. La naturaleza discrecional o facultativa de esta sanción es eliminada, para transformarla en imperativa por el nuevo Estatuto, así bastará la relación causal entre el abuso de la actividad y el delito cometido, para que deba procederse a su aplicación y ejecución, limitándose de acuerdo a un factor objetivo la capacidad de acción del sujeto en la respectiva actividad.

Frente a esta pena accesoria el Estatuto sobre aumento de penas (Ley 365 de 1997) en su artículo 40. subroga el artículo 58 Código de 1980, en el cual se encuentra su definición. Esta norma incorporó dentro de las actividades susceptibles de ser prohibidas el "comercio", considerada desde el ángulo positivo como una extensión subordinada de los conceptos específicos contenidos en ley comercial. La inclusión de la expresión, que reitera el nuevo Código, da mayor claridad a la intención del legislador de sancionar a las personas naturales que cometan hecho punible en abuso de la actividad comercial -así sea por interpuesta persona jurídica-, o en violación de las obligaciones que legal y positivamente se imponen a los comerciantes.

Las actividades industrial, comercial, artística o profesional pueden ser instrumento idóneo para favorecer u ocultar la acción delictiva; su ejercicio aparentemente lícito puede servir para el ingreso al tráfico económico del producto de hechos delictivos antecedentes; además, el ejercicio abusivo o indebido de tales actividades es elemento estructural incorporado, tácita o

expresamente, a numerosos tipos penales, tales como el lavado de activos, el acaparamiento o la especulación, casos en los que naturalmente es aplicable la presente pena accesoria.

El condicionamiento para la procedencia de esta sanción, en cuanto el hecho delictivo debe guardar estrecha relación con la actividad prohibida, debe regir para todas las penas privativas de otros derechos, sea que se presenten como principales o como accesorias; principio que es consagrado por el nuevo artículo 52 inc. 1ª, con la criticable excepción de la pena de inhabilitación de derechos y funciones públicas, la cual se continúa derivando de manera automática con la imposición de la pena principal de prisión, como habremos de comentarlo a propósito de la mencionada norma.

TEMA XV. PENA Y BIEN JURÍDICO. Relación sustancial

El monto y calidad de las penas están estrechamente relacionados con el bien jurídico que se protege, ya que según sea la importancia de éste y la lesión que al mismo se cause con la infracción, así se incrementará o disminuirá la sanción, no sólo en su cantidad sino también con su calidad. (Corte Constitucional, Sentencia T-146, 03-04-95, Magistrado ponente doctor Vladimiro Naranjo Mesa).

N.V.A. Arts. 3º, 4º, 5º, 60, 61 C.P.

COMENTARIOS

La determinación cualitativa, es el procedimiento que concreta la clase de pena a imponer -su calidad- y en consonancia con la norma comentada, se incorpora al proceso de individualización punitiva. SANDOVAL HUERTAS incluye la determinación cualitativa, tanto en el momento genérico como en el particular, lo que a nuestro modo de ver equipara en la práctica los dos conceptos (Cfr. La privación de la libertad, p. 20).

Al escoger la clase de pena aplicable se especifica el derecho o derechos afectados: libertad de locomoción, patrimonio económico, derechos ciudadanos o políticos, derecho al desempeño de la función pública, libertad de trabajo, profesión u oficio, derecho a fijar el propio domicilio. La determinación cualitativa también especifica a título de qué se impone la pena, si como principal o como accesoria, ya que según lo comentamos, en su momento, todas las penas enunciadas en el nuevo Ordenamiento pueden

asumir la categoría de principales, basta para ello con que tengan tal consagración en la parte especial. Igualmente incumbe al momento cualitativo la discriminación según las diferentes formas que puede asumir la respectiva pena: prisión, prisión domiciliaria, multa global, multa progresiva, etc.

El momento cuantitativo hace referencia a la medida de pena a imponer, vale decir el número de unidades de pena, aplicables de acuerdo con las medidas adoptadas por la legislación: la pena privativa de la libertad se tasa en años o meses de prisión, la multa en salarios mínimos legales mensuales vigentes o en unidades de multa progresiva; las penas privativas de derechos se miden de unidades de tiempo de acuerdo a su duración. La determinación cuantitativa de la pena lleva al estudio del sistema de fijación dentro del proceso de individualización, el cómputo aritmético de los parámetros legales y los fundamentos a tener en cuenta para la concreción final.

Se señala un tercer aspecto de la determinación de la pena cual es el operacional; en él se fijan las condiciones y exigencias bajo las cuales se ha de cumplir la pena impuesta; aunque este tópico no es considerado expresamente en la norma, estimamos que debe también aparecer en la sentencia de manera específica o por lo menos presentando las remisiones y delegaciones legales en cabeza de los jueces de ejecución o en los órganos administrativos competentes.

TEMA XVI. PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD. Diferencias

No obstante las anteriores semejanzas, entre las penas y las medidas de seguridad median entre otras, las siguientes diferencias.

Noción general. La pena es la consecuencia de la responsabilidad penal de los imputables, cuando judicialmente se ha establecido que se ha cometido un hecho punible en forma típica, antijurídica y culpable. Precisamente este último elemento, la culpabilidad, es el que diferencia, desde el punto de vista conceptual, la pena de medida de seguridad.

Fines de la pena. Según el artículo 12 del código penal, “la pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora”. Se advierte que, siendo imputable la persona condenada, no se le

trata como a un disminuido síquico sino como a una persona normal pero que ha cometido un hecho punible.

Deber del Estado. En los casos de los imputables, el Estado tiene el deber, al privarlo de la libertad, de otorgarle ciertas condiciones mínimas de dignidad, comunes para todas las personas que se encuentren en semejante situación, sin necesidad de realizar un tratamiento penitenciario especial para cada caso.

Obligaciones del imputable condenado. El imputable condenado, por su parte, tiene el deber jurídico de soportar la privación de la libertad y demás medidas accesorias de la pena principal.

Determinación del tiempo de la pena en la sentencia. En el caso de los imputables, el juez en la sentencia determina un tiempo cierto y preciso de reclusión, sin perjuicios de la eventual y futura existencia de las diferentes modalidades de subrogados penales. En todo caso, y esto es lo importante para el negocio que no ocupa, el tiempo de la pena es un tiempo determinado, fijado definitivamente en la propia sentencia de manera exacta en términos de años, meses y días.

Las medidas de seguridad.

Noción general. La medida de seguridad es la privación o restricción del derecho constitucional fundamental a la libertad, impuesta judicialmente por el Estado, con fines de curación, tutela y rehabilitación, a persona declarada previamente como inimputable, con base en el dictamen de un perito siquiatra, con ocasión de la comisión de un hecho punible. Es imposible desconocer que al igual que la pena, la medida de seguridad es, cuando menos, limitativa de la libertad personal, así se establezca que la medida de seguridad tiene un fin “curativo” no está sometida la libre voluntad de quien se le impone. Ella es una medida coercitiva de la que no puede evadirse el inimputable por lo menos en relación con la internación en establecimiento psiquiátrico o clínico adecuada de carácter oficial (art. 94 del Código Penal). Así mismo no escapa a la Corte Constitucional que sobre esta materia se ha desarrollado un amplio debate jurídico. La Corte sin embargo no entra a tomar partido sobre las varias teorías existentes en torno a la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad (...). La ejecución de la pena y de la medida de seguridad exige la intervención de diversos profesionales con el fin de que aporten sus conocimientos para la satisfacción de cada una de las necesidades existentes. Por lo tanto la colaboración de un grupo interdisciplinario facilita la resocialización y

rehabilitación de imputables e inimputables. (Corte Constitucional, Sentencia 06-05-93, Magistrado Ponente: doctor Alejandro Martínez Caballero).

N.V.A. Arts. 3º, 4º, 5º, 34, 69 C.P.

COMENTARIOS

Al enunciar las “funciones” de la pena y de la medida de seguridad, nos estamos refiriendo a sus fines inmediatos, objetivos y empíricos, distinguiendo de esta forma: a) el fin retributivo, que genéricamente se identifica como la realización de la justicia, por medio de una sanción o castigo; b) la finalidad preventiva general que se dirige a evitar la comisión de nuevos delitos, por parte de los coasociados; y c) la prevención especial que pretende la no comisión de nuevos delitos, por parte del agente. Además de las anteriores tradicionales funciones de la pena, la norma enuncia los objetivos de resocialización y protección, debemos enmarcar dentro de la perspectiva del Estado Social de Derecho, asumida por nuestro sistema jurídico, lo cual impone el análisis normativo de su dimensión social; como consecuencia de lo anterior los objetivos de resocialización y protección deben procurarse en el marco de respeto por los derechos a la libre autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad del condenado.

Estas finalidades exigen la adopción por parte del Estado, de un conjunto de mecanismos que podríamos llamar complementarios a la simple imposición y aplicación de la pena, que tiendan a remover las situaciones que han impedido al agente adaptar su comportamiento a los valores impuestos por el Ordenamiento, y el correlativo ejercicio de los derechos a él reconocidos; aquí deben quedar comprendidas naturalmente sus circunstancias económicas, sociales o culturales.

TEMA XVII. PENAS ACCESORIAS . Pérdida del empleo e inhabilidad para el ejercicio de cargos en la administración pública. Naturaleza accesoria

La pérdida del empleo y su correspondiente inhabilidad para el ejercicio de cargos en la administración pública es, como principio, una pena accesoria que no es de forzosa aplicación junto con la pena principal de prisión, razón por la cual corresponde al arbitrio discrecional -pero reglado- del juez, de acuerdo con los criterios que orientan la individualización de la pena (artículo 61 del Código

Penal). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, Sentencia de Casación, 18/10/00, Acta N°.172,)

N.V.A. Art. 52 C.P.

COMENTARIOS

Como ya lo anotamos al definir las llamadas penas privativas de otros derechos, ya se concibían legalmente como principales o accesorias, estas sanciones han sido frecuentemente criticadas, pues en su origen adquirieron naturaleza infamante, que procuraba la deshonra del sujeto, su "escarnio público" pues suponían la privación de cargos, derechos y honores, por el único hecho de resultar condenado en un proceso penal; se trataba pues de la pena de "muerte civil".

Para evitar estas consecuencias se hace necesario que la pena accesoria impuesta guarde relación con el delito cometido, o por lo menos tenga una justificación y fundamento criminológico racional. Este es el sentido de la regla contenida en el inciso 1 del nuevo artículo 52, y de la obligación para el Juez de fundamentar de manera explícita la cuantificación y cualificación de la punibilidad accesoria.

En relación con el inciso 3ª del artículo 52 del nuevo Estatuto, reiteramos que la imposición automática de penas accesorias, como consecuencia de la privación de la libertad y sin consideración a la relación que debe existir entre el punible realizado y el derecho conculcado por la pena, no tiene fundamento atendible de política criminológica; por el contrario, contradice las finalidades de rehabilitación y resocialización, produciendo el estigma y la segregación del condenado.

TEMA XVIII. PENAS ACCESORIAS. Principio de necesidad. Consagración normativa

En este sentido, de manera reiterada ha dicho la Sala:

“En efecto, en la sentencia de primera instancia la consideración del Juez se limitó escuetamente a afirmar que ‘su comportamiento torcido, sin lugar a dudas, es un mal ejemplo para sus hijos’, desconociendo que ha sido abundante y reiterada la jurisprudencia de la Sala en el sentido de que esta clase de sanciones accesorias que

el legislador dejó a la discrecionalidad del juzgador no pueden imponerse de manera mecánica, pues deben corresponder a una debida fundamentación que involucre su nexo causal con el delito por el cual se imparte condena al sujeto, de manera tal que se demuestre que debido a la conducta realizada, aquél está incapacitado o inhabilitado para ejercer sus derechos como padre, situación que aquí no ocurre, ya que de obedecer a criterios como los expuestos por el sentenciador de primer grado, habría de concluirse en todos los casos que procede, pues la comisión de un delito siempre será mal ejemplo para los hijos”.¹

“Conviene anotar que el criterio de necesidad de las penas accesorias fue acogido por el artículo 52 de la Ley 599 de 2000, al establecer que: “Las penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales, serán accesorias y las impondrá el juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena”.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Sentencia de Casación, 14-11-02, Acta N°.143)

N.V.A. Arts. 3º, 52 C.P.

COMENTARIOS

Como penas que afectan derechos diferentes a la libertad personal y al patrimonio del condenado, se reseñan una serie de medidas sancionatorias, previstas en su mayoría como accesorias por el Código de 1980, que bien pueden asumir la categoría de principales. Lo anterior con el claro objetivo de presentar la reforma con alguna tendencia alternativa y modernizante del sistema de punibilidad. Ya, a propósito del artículo 34 del nuevo Código, realizamos las críticas que doctrinalmente se han elaborado a estas formas de punición, sea que se prescriban como accesorias o como principales. Reiteramos tales consideraciones en cuanto la afectación de estos derechos no puede significar, ni mucho menos perseguir, la deshonra del condenado, tampoco pueden implicar la "muerte civil" de la persona.

El criterio que parece ser mas adecuado para evitar los referidos peligros, es aquel que nos enseña que las penas privativas de otros

derechos, deben ser previstas e impuestas para supuestos en los que el derecho violentado por el delito, guarda estrecha relación con el interés afectado o limitado por la pena.

TEMA XIX. PENAS PRINCIPALES Y ACCESORIAS. Determinación

EL Código Penal, teniendo en cuenta la importancia o entidad de las penas, las clasifica en principales (prisión, arresto y multa, Art. 41), según que se impongan de manera autónoma, a consecuencia de una infracción penal, y accesorias (restricción domiciliaria, pérdida de empleo público u oficial, interdicción de derechos y funciones públicas, prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, etc., art. 42), cuando suponen una pena principal a la cual se unen o acceden (Reyes Echandía, Derecho Penal, Parte General, Bogotá, Externado, 1881 pp.369). (Corte Constitucional, Sentencia C-631, 21-11-96, Magistrado Ponente: doctor Antonio Barrera Carbonell)

N.V.A. Arts. 35, 43, 52 C.P.

**TEMA XX. PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.
Fundamento. Relación.** La consecuencia de un hecho punible puede ser una pena o una medida de seguridad. Tales resultados tienen semejanzas y diferencias, como se analiza a continuación.

Identidades. Tanto la pena como la medida de seguridad son consecuencias de la comisión de un hecho punible tipificado en las normas penales. Ambas medidas acarrear en principio la privación de la libertad en virtud de una providencia judicial de un juez de la República. En ambas se debe respetar el debido proceso. En los dos casos además se debe probar de manera plena los elementos que determinan tales medidas.

Tanto la pena como la medida de seguridad tienen finalidades similares, porque con ellas se pretende aislar a quien con su conducta ha demostrado ser un peligro para el medio social y ambas cumplen fines de readaptación, buscando la inocuización de quien mostró ser peligroso.

Como acertadamente lo afirma Welzel, tanto la pena como la medida de seguridad suponen una restricción de la libertad del individuo y ambas a su vez deben tender a la resocialización, razón por la cual no hay entre ellas diferencias de estructura.

Por otra parte, la imposición de la medida de seguridad por parte del Poder Judicial del Estado, es otra característica común con las penas que las identifican en cuanto a su estructura tanto interna como externa. Ambas se imponen como consecuencia de la realización de un hecho punible y por tanto ambas son “postdelictuales”. De las dos se exige en principio de legalidad, en el sentido de que no pueden imponerse, una ni otra, si no está previamente definida en la ley, de la misma manera que exige el principio de legalidad del proceso, en el sentido de que no pueden ser aplicadas sino como consecuencia de un proceso previamente determinado por la ley anterior, y sólo puede ser impuesta como consecuencia de una decisión judicial. (Corte Constitucional, Sentencia 06-05-93, Magistrado Ponente: doctor Alejandro Martínez Caballero).

N.V.A. Arts. 3º, 4º, 5º, 34, 69 C.P.

TEMA XXI. MEDIDA DE SEGURIDAD. Duración.

Para la Corte Constitucional el tiempo de duración máxima de la medida de seguridad es el equivalente del término de la pena prevista para ese hecho punible. Tal tope tiene dos efectos: primero, no se podrá internar a nadie en calidad de medida de seguridad más allá de dicho lapso; segundo, dicho tiempo señala igualmente el plazo para la prescripción de la medida de seguridad.

Entonces cuando se llegue el plazo máximo de la medida de seguridad, el juez está obligado a poner en libertad al inimputable. La razón de ser de ello es que la medida de seguridad supone privación de la libertad.

Tal conclusión es la única que se aviene con la preceptiva constitucional del artículo 28, según la cual “en ningún caso podrá haber... medidas de seguridad imprescriptibles”.

Ahora bien, quién fija el término de internación?

La respuesta es clara: el juez de la causa. Es de su resorte exclusivo. Sin embargo el juez debe basarse en el dictamen médico, el cual orienta pero no obliga al juez. El juez puede razonablemente separarse del experticio, por el monopolio que tiene de la conducción del proceso.

Incluso en derecho comparado se ha establecido por parte de la Comisión Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo que la evidencia médica acerca del estado mental de un proceso constituye sólo un elemento de juicio para el juez.

(...)

Por otra parte, se pregunta la Corte qué pasa cuando, una vez cumplido el tiempo previsto para el máximo del hecho punible, la persona no se ha rehabilitado a nivel síquico?

Al tenor de las líneas anteriores, la persona debe ser puesta en libertad. Termina para ella el tiempo de reclusión en calidad de inimputable, sin perjuicio de que el Estado le garantice el tratamiento especial que requiera, pero ya no como inimputable sino como disminuido síquico. En estos casos deberá asegurarse la presencia de un representante legal para el disminuido síquico. Tales representantes pueden ser los padres en ejercicio de la patria potestad si el hijo es menor de edad (arts. 188 y 438 del Código Civil), o un curador que se nombre para el caso (arts. 428, 432, 480 y 545 a 556 del mismo código). En particular deben tenerse en consideración para los efectos de este proceso las siguientes disposiciones del Código Civil.

(...)

Inconstitucionalidad del mínimo de duración por unidad normativa. El artículo 6^a del Decreto 2067 de 1991 establece lo siguiente en su inciso tercero, parte final:

“...La Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales”.

En este caso la Corte estima que se encuentra en presencia de una proposición jurídica completa entre los tiempos del tratamiento de rehabilitación, pues si se declara inexecutable la expresión “y un máximo indeterminado”, debe en consecuencia declarar inexecutable el mínimo de internamiento de dos años (artículo 94 de la norma acusada), se seis meses (art. 95 idem) y de un año (art. 95 idem). Ello por cuanto se ha establecido en esta sentencia que el tiempo de internación del inimputable no depende de la duración prevista en el tipo penal respectivo sino de la duración que tome el tratamiento. Ahora bien, la rehabilitación psiquiátrica no tiene topes mínimos de

duración sino que depende en cada caso del tratamiento científico pertinente. Es por ello que no se compadece con la preceptiva constitucional, particularmente con el valor y derecho a la libertad, el internar a un inimputable más tiempo del estrictamente necesario para lograr su rehabilitación. De allí la inconstitucionalidad de los plazos mínimos establecidos en los tres artículos estudiados.

Así las cosas, en la parte resolutive de esta sentencia se declararán inexecutable los mínimos de duración de las medidas de seguridad consagrados en los artículos 94 (2 años), 95 (6 meses) y 96 (1 año) del Decreto N° 100 de 1980, por conformar unidad normativa con la expresión “condicional” declarada inexecutable. (Corte Constitucional, Sentencia 06-05-93, Magistrado Ponente: doctor Alejandro Martínez Caballero).

N.V.A. Art. 70 y ss. C.P.

COMENTARIOS

Las medidas de adaptación o habilitación son el efecto penal de la realización de un hecho típico y antijurídico por un inimputable o por sujeto que no tenga capacidad de culpabilidad (arts. 31 C.P. de 1980 y 33 C.P. de 2000). Se prefiere denominarlas medidas de adaptación o habilitación, dado el contenido peligrosista que encierra la nominación legal “medidas de seguridad”.

Como criterio general estas medidas no pueden presentar las características generales, ni las finalidades esenciales de la pena, vale decir, no pueden tener componentes aflictivos, retributivos, expiatorios o rehabilitadores, pues sus fundamentos o justificaciones no se encuentran presentes en las actuaciones antisociales que se regulan. Se trata simplemente de mecanismos de reacción de la colectividad, que por medio del Ordenamiento procura un adecuado tratamiento, protección y en lo posible curación del inimputable que ha perpetrado conducta punible.

De acuerdo con los artículo 5ª del nuevo Código y 12 del Código de 1980, ha quedado proscrita de nuestro sistema punitivo la llamada teoría positivista o unitaria de las medidas de seguridad, que identificaba plenamente los conceptos de pena y medida de seguridad, caracterizándolas como consecuencias jurídico-penales de la comisión de un conducta punible; ambas serían reacción sociales ante el delito, dado que su imposición siempre es judicial, y

restringirían por igual derechos del condenado, con lo que ambas tendrían características aflictivas.

La concepción adoptada partirá entonces de la plena diferenciación doctrinal y real entre estas dos consecuencias del punible; la medida de seguridad se fundamentará en las especiales circunstancias del agente inimputable y su naturaleza es preventiva y defensiva, mientras la pena se soporta en la culpabilidad del agente y tiene carácter represivo.

TEMA XXII. MEDIDAS DE SEGURIDAD. Fines

El artículo 12 del Código Penal establece lo siguiente: “Función de la pena y de las medidas de seguridad. La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.

Este artículo sólo se podría interpretar a partir de la necesidad que tiene la sociedad de protegerse de los individuos respecto de los cuales, por haber realizado una conducta prevista y en la ley como delito y sin concurrir una causal de justificación, puede decirse con un juicio razonable de probabilidad que pueda volver a cometer la misma conducta. Esta ha sido el argumento central para justificar los fines de “curación, tutela y rehabilitación” dentro de un Estado de social de Derecho. Tales fines se especifican así:

- 1) Mediante el término “curación” se pretende sanar a la persona y restablecerle su juicio. Ello sin embargo plantea el problema de los enfermos mentales cuya curación es imposible por determinación médica y por lo tanto se encuentran abocados a la pérdida de su razón hasta la muerte.
- 2) Cuando la ley habla de “tutela” se hace alusión a la protección de la sociedad frente al individuo que la daña. Así las cosas, si se llegare a establecer que un individuo ha recuperado su “normalidad psíquica” es porque no ofrece peligro para la sociedad y por tanto no debe permanecer por más tiempo sometido a una medida de seguridad.
- 3) Y por “rehabilitación” debe entenderse que el individuo recobre su adaptación al medio social. La rehabilitación es la capacitación para la vida social productiva y establece, así como la adaptabilidad a las reglas ordinarias del juego social en el medio en que se desenvolverá la vida del sujeto.

Por otra parte, las medidas de seguridad no tienen como fin la retribución por el hecho antijurídico, sino la prevención de futuras y eventuales violaciones de las reglas de grupo. La prevención que aquí se busca es la especial. De acuerdo con este objetivo se conforma su contenido. Otra cosa es que, por su carácter fuertemente aflictivo, también tenga efectos intimidatorios. (Corte Constitucional, Sentencia 06-05-93, Magistrado Ponente: doctor Alejandro Martínez Caballero).

N.V.A. Arts. 3º, 5º C.P.

COMENTARIOS

El principio de la dignidad humana como fundamento del derecho punitivo, consagrado en el artículo 10., tanto de la Carta como del nuevo Código Penal, encuentra claro desarrollo en la fase ejecutiva de la pena; vale decir, que la aplicación de la condena debe buscar antes que cualquier otro fin la reinserción social del delincuente; por lo anterior el respeto a la autonomía y dignidad humanas, exige que las penas procuren dicha finalidad de resocialización: consideración del individuo como ser social sobre quien gravita un destino pleno de realizaciones personales y colectivas, que el ordenamiento no puede considerar truncado, por la comisión del hecho delictivo. Como desarrollo de las finalidades empíricas enunciadas, la pena, especialmente la privativa de la libertad, se deben configurar de tal forma, que por su duración o por los medios y circunstancias de aplicación, no produzcan en el condenado efectos “desocializadores”; llevado a sus últimas consecuencias el fin resocializador, obligaría la adopción, por parte del ordenamiento penal, de mecanismos sustitutivos frente a las penas, que examinadas en concreto, carecieran de capacidad resocializadora o protectora.

Las medidas de seguridad, tanto en el Código de 1980 como en el de 2000, tienen una naturaleza y función diversas a la pena: no conllevan la amenaza de un mal para quien realiza la acción prohibida; la pena se impone por la comisión del delito, la medida de seguridad pretende evitarlo en el futuro, esto porque la legislación continúa adoptando un sistema postdelictual de medidas de seguridad, por lo que éstas no adquieren una naturaleza de reacción frente al delito realizado, sino que sustraen al autor de los estados o situaciones que lo pueden llevar a lesionar

bienes jurídicos protegidos; en este orden opera la tutela, curación y rehabilitación; lo anterior no significa que en la práctica la medida de seguridad no suponga privación de derechos de la persona, por lo que cabe también aceptar que en ella opera la legitimación preventiva, especial y general. (Cfr. MIR PUIG, Santiago, Derecho penal parte general, p. 10-11).

TEMA XXIII.. MEDIDAS DE SEGURIDAD. Fundamentos

El libre desarrollo de la personalidad se traduce en la libertad de opción y de toma de decisiones de la persona, siempre que no se alteren, como la misma norma lo establece, los derechos de los demás y el orden jurídico.

Ahora bien, el ejercicio concreto de este derecho exige un presupuesto básico: que la persona tenga la capacidad síquica para autodeterminarse. De lo contrario el derecho debe ser asegurado en su núcleo esencial mediante un debido tratamiento y curación, que le permita a la persona finalmente gozar a plenitud del mismo.

Es por ello que los inimputables que cometan un hecho punible y cuya condición haya sido establecida debidamente por dictamen pericial debe ser sometido por parte del juez a una medida de seguridad. Así, la causa última de la limitación de la libertad en estos casos no es otra que la que la especial condición personal de una persona que ha atentado contra un bien jurídico tutelado. El dictamen pericial que constata la condición del inimputable – permanente o transitorio-, así como la decisión del juez competente son mecanismos accesorios que constatan médica y judicialmente una situación previa y esencial. La persona no es inimputable porque un juez, apoyado en un dictamen médico, así lo diga, sino que el juez, basado en un experticio, constata que la persona ya tenía: inimputable. (Corte Constitucional, Sentencia 06-05-93, Magistrado Ponente: doctor Alejandro Martínez Caballero).

N.V.C. Art. 16 C.N. .

N.V.A. Arts. 3º, 5º C.P.

COMENTARIOS

Se conserva en el nuevo Código la estructura básica de la imputabilidad entendida como la idoneidad o aptitud jurídica de un sujeto para la realización plena de un hecho típico y

antijurídico. La teoría finalista aceptó la diferenciación entre imputables e inimputables: es imputable todo aquel a quien se pueda hacer la imputación a título de culpabilidad, vale decir aquel que está en capacidad de comprender la ilicitud de su actuar y de determinarse de acuerdo con tal comprensión; por lo anterior para la concepción finalista, el inimputable actúa sin culpabilidad y la inimputabilidad se introduce como incapacidad de culpabilidad.

El normativismo considera el fenómeno más en su aspecto material, como conjunto de condiciones y circunstancias determinantes, de naturaleza sicosocial, que señalan quienes son considerados por la ley penal, como sujeto cuyos actos son plenamente imputables. Nuestra legislación por este aspecto no sufre variación, pues considera la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, lo que equivale a situarla como conjunto de condiciones del sujeto, como capacidad del sujeto, que ha actuado típica y antijurídicamente, de obrar culpablemente.

Se considera que es inimputable quien no puede comprender su actuación típica y antijurídica, por lo que no está en capacidad de orientar su comportamiento; la nueva normatividad reitera las dos causas o motivos que taxativamente enunciaba el Código de 1980, agregando con efecto clarificador la diversidad sociocultural y autorizando la aplicación analógica de cualquier "estado similar". Esta ampliación obedece sin duda a la complejidad que ha asumido en la estructura dogmática del delito el tema de la imputabilidad: este no es un problema que considere exclusivamente la posibilidad de autodeterminación, en cuanto actuar libre y voluntario, como lo explicó la doctrina clásica, con lo que la cuestión no se puede reducir a la consideración de las facultades intelectivas y volitivas del sujeto, sino que el entorno de las mismas incluye todo un conjunto de factores, que inciden directamente en el comportamiento, de naturaleza síquica y sociocultural, que no pueden ser reducidos a una enunciación taxativa y detallada.

A nivel doctrinal y con afán didáctico y generalizador, se clasifican tres fuentes de inimputabilidad: la inmadurez psicológica acápite que comprende el problema de la minoría de edad y la diversidad sociocultural; las alteraciones sicopatológicas, dentro de las cuales encontramos el trastorno mental transitorio y permanente; y, finalmente, las alteraciones psíquicas congénitas como la sordomudez.

TEMA XXIV. MEDIDA DE SEGURIDAD. Suspensión condicional

De otra parte, la corte no comparte las razones adicionales que presenta el actor, que se refieren a la necesidad de supeditar forzosamente la suspensión condicional o cesación de la medida de seguridad, al concepto de un perito o un experto oficial, pues no se encuentra violación alguna a la norma constitucional que asegura la independencia y autonomía de las decisiones judiciales, ya que nada se opone a que el juez deba orientarse por un dictamen no vinculante del médico especialista y del perito conocedor de las condiciones de salud del inimputable.. (Corte Constitucional, Sentencia C-087, 26-02-97, Magistrado ponente: doctor Fabio Morón Díaz).

N.V.C. Art. 230 C.N.

N.V.A. Art. 79 C.P.

TEMA XXV. MEDIDAS DE SEGURIDAD. Suspensión condicional

Para la Corporación la condicionalidad de la suspensión de la internación de los enfermos mentales debe ser entendida en el sentido de que ella sólo opera durante una “suspensión” de la medida de seguridad, la cual es finita por naturaleza, según se estableció anteriormente.

En otras palabras, la internación tiene un tope máximo de duración –no un mínimo-, dentro del cual, por motivos de rehabilitación gradual, se puede suspender condicionalmente la medida de internación. Ello por cuanto la rehabilitación mental no siempre es absoluta sino que a veces es parcial o progresiva. Incluso en ocasiones no se recupera totalmente la salud síquica pero desaparece la propensión al delito. Es justamente merced a la suspensión condicional de esta medida que el inimputable puede gozar de libertad en forma anticipada. (Corte Constitucional, Sentencia 06-05-93, Magistrado Ponente: doctor Alejandro Martínez Caballero).

N.V.A. Art. 70, 71, 79 C.P.

COMENTARIOS

En atención a la peculiar naturaleza de la medidas de habilitación, en cuanto no es de su esencia la retribución, amenaza y aflicción, el control que la jurisdicción ejerce sobre las mismas también es de carácter especial, enfocado siempre a la determinación de la

situación y evolución del inimputable y a la valoración de la eficacia de la medida de protección y curación aplicada, este control siempre se debe dirigir a la toma inmediata de decisiones de sustitución, modificación, suspensión, cesación definitiva o revocación de la suspensión otorgada; como principio general, la imposición y conservación de las medidas de seguridad se soportan exclusivamente en su necesidad para la tutela y habilitación del inimputable, aspectos que producen, tan solo como consecuencia, efectos preventivos especiales.

La reserva judicial de la vigilancia sobre las medidas de habilitación, tiene su fundamento en el principio de legalidad que rige todas las consecuencias jurídicas del punible y en el postulado de respeto a la dignidad humana. Tales características excluyen por completo toda posibilidad, teórica o práctica, de relegar o delegar, el seguimiento y la valoración de la situación del inimputable, en organismos de carácter administrativo, ajenos por completo al componente fundamentalmente garantista, que debe rodear la imposición y aplicación de estos mecanismos de control social.

Pero esa labor de custodia genera problemas prácticos de difícil solución normativa: las innegables dificultades médicas y judiciales que se generan por la exigencia de una valoración permanente de la medida impuesta, la situación administrativa de las instituciones terapéuticas, guiadas por esquemas burocratizados y paquidérmicos de atención, la falta de certeza sobre la eficacia de los tratamientos, los inconvenientes objetivos para emitir pronósticos favorables certeros, que puedan garantizar la plena habilitación del sujeto, son factores que entorpecen materialmente la revisión judicial de la situación del inimputable, haciéndola ineficaz, inoportuna y subjetiva.

La cuestión en nuestro medio ha adquirido dimensiones insospechadas, que manifiestan flagrante violación de los derechos humanos; por falta de recursos y de capacitación científica, el inimputable permanentemente queda abandonado a su propia suerte, cumpliendo una supuesta medida de seguridad y habilitación, en condiciones oprobiosas, que la convierten en una verdadera pena infrahumana, con toda su ferocidad aflictiva y retaliatoria.

Todos los problemas, que tan solo enunciarnos someramente, no podían ser abocados, al expedir un “Nuevo Código Penal”,

reduciendo exclusivamente el término de los informes periódicos que debe solicitar el juez, para determinar si la medida debe continuar, suspenderse o modificarse (ahora tres meses), mecanismo que en la práctica sólo significa la obligación de adelantar un procedimiento rutinario y formalista; se requería en este tema, por parte de un legislador responsable, la introducción de medidas concretas y efectivas, tendientes a la aplicación de medios humanos y materiales adecuados y a la agilización de la actividad judicial y administrativa en la imposición, seguimiento y revisión de las medidas de seguridad.

TEMA XXVI. MEDIDAS DE SEGURIDAD. Temporalidad.
Antecedentes jurisprudenciales.

La temporalidad de las medidas de seguridad ha sido un tema arduamente debatido en el campo doctrinal, desde varios puntos de vista (psiquiátrico, jurídico-penal y criminológico). Ese debate se trasladó al campo judicial y la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, dijo en síntesis lo siguiente:

Se sostiene la exequibilidad de los artículos 94, 95 y 96 del Decreto N° 100 de 1980, con base en las siguientes razones:

-Existe una diferencia entre los conceptos de pena y medida de seguridad tanto en el texto de la ley como en el campo doctrinario.

-La persona cuyos procesos intelectivos y volitivos estuviesen afectados hasta el punto de impedirle comprender el contenido y el alcance social de su conducta y en consecuencia determinarla hacia un fin, no estaría sometido a una sanción penal con fines expiatorios, preventivos y retribuidos sino únicamente a un tratamiento individualizado, sólo con propósitos de prevención especial que debe buscar su curación, su seguridad y la adaptación científica al medio social bajo las medidas administrativas –aunque impuestas y vigiladas por un juez-, de su internación en establecimientos psiquiátricos, oficiales o privados, en casa de estudio o de trabajo y de libertad vigilada (Sala Plena, Sentencia del 4 de febrero de 1998).(Corte Constitucional. 06-05-93 Magistrado Ponente: doctor Alejandro Martínez Caballero). (Corte Constitucional, Sentencia 06-05-93, Magistrado Ponente: doctor Alejandro Martínez Caballero).

N.V.A. Arts. 3º, 5º, 69, 77, 78 C.P.

COMENTARIOS

La legislación proveniente de 1980 dispone que previo concepto de perito oficial o de los directores del establecimiento de reclusión, el juez puede ordenar la suspensión de una medida de seguridad, decisión que será siempre condicional, con lo que la medida puede ser reiniciada en cualquier momento, con los mismos fundamentos (art. 101 Idem.), en norma que permanece inalterada (art. 79 C. P. de 2000).

Lo que si presenta sustancial modificación son las causas para que sea procedente la suspensión y con ello el objeto de la decisión judicial y la materia del dictamen pericial. El Código de 1980 autoriza la interrupción si se establece la recuperación de la normalidad síquica del sujeto, en los casos de enfermedad mental permanente o transitoria (arts. 94 inc. 2 y 95 inc. 2 Idem.) o la suficiente adaptabilidad social para inimputables que no padecen enfermedad mental (art. 96 inc. 2 Id.), con lo que se concluye que en esta normatividad sólo procede la “suspensión condicionada” si el sujeto se encuentra plenamente recuperado: concepción peligrosista radical de las medidas de seguridad.

Por su parte el Código de 2000 se aleja ligeramente de esta censurable noción, al dar un tratamiento normativo diferencial a las causas generadoras de suspensión y cesación. Así, para el inimputable por trastorno mental permanente o transitorio, inmadurez psicológica o estados similares, es procedente la suspensión condicional de la medida impuesta, si se establece que se encuentra en adecuadas condiciones de adaptación social (arts. 70 inc. 3, 71 inc. 3 y 72 inc. 3 Idem.), determinación que consideramos no exige su plena recuperación, ya que ésta es exigida para la cesación de la medida en casos de inimputabilidad por trastorno mental (arts. 70 inc. 2 y 71 inc. 2 Idem.); en los eventos de inmadurez psicológica, diversidad sociocultural y estados similares la cesación de la medida se hace depender de las necesidades de asistencia y protección en cada caso concreto (arts. 72 inc. 2 y 73 inc. 3 Id.).